

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Rapport belge

Poullet, Yves; Coipel, Michel

*Published in:*

Le rôle de la pratique dans la formation du droit

*Publication date:*

1985

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y & Coipel, M 1985, Rapport belge. Dans *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*. Travaux Association Henri Capitant , Numéro 34, Economica, Paris, p. 181-205.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## *RAPPORT BELGE\**

par

Michel COIPEL

*Professeur aux Facultés Universitaires de Namur*

et

Yves POULLET

*Chargé de cours aux Facultés Universitaires de Namur*

1. On nous demande d'inventorier des pratiques au sens de comportements juridiques adoptés par un groupe social cohérent et d'examiner leur réception ou leur rejet par les sources formelles du droit que sont la loi, la coutume, la jurisprudence étatique et arbitrale.

Le thème ainsi présenté suscite une question délicate : s'il faut s'en tenir aux pratiques juridiques, le problème d'une réception ou d'un rejet par les sources formelles du droit ne se pose pas car qui dit pratique juridique dit pratique réceptionnée. Faut-il comprendre que les responsables de l'Association Henri Capitant adhèrent au pluralisme juridique (1) et nous invitent à examiner la réception en droit étatique de pratiques qui sont juridiques à l'intérieur d'un ordre juridique non étatique, notamment celui des marchands ? Ou bien faut-il comprendre que l'on nous invite seulement à nous situer dans une optique diachronique ou génétique et à envisager comment une pratique non juridique au départ se mue en pratique juridique en raison de sa réception par les sources formelles du droit ?

Le positivisme étatique étant la conception dominante dans le monde des juristes, nous nous situerons principalement dans cette optique. Néanmoins, à l'occasion, nous évoquerons l'hypothèse du pluralisme juridique, car il est permis de penser qu'elle constitue une grille d'analyse fructueuse pour notre

\* Nous remercions pour leurs conseils et leurs informations : Madame A. Benoit-Moury et la Commission Droit et Vie des Affaires de l'Université de Liège, M. G. Keutgen conseiller juridique à la F.E.B. et M. M. Fontaine, professeur et directeur du Centre du droit des obligations de l'Université Catholique de Louvain.

(1) Au sujet du pluralisme juridique, voir notamment : F. Rigaux, *Le droit au singulier et au pluriel*, *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 1982, n° 9, p. 1 et s.

sujet. Cette attitude pragmatique nous évitera de devoir répondre, à titre préalable, à la lancinante question de la définition du droit et des critères de la juridicité.

2. Dans une première partie, nous tenterons de décrire les principales manifestations de la pratique. Nous ne nous limiterons pas aux pratiques contractuelles et aux usages commerciaux et envisageons aussi — dans l'optique du droit économique — le développement des bonnes pratiques professionnelles.

Dans une seconde partie, nous analyserons de façon plus spécifique les liens entre la pratique et les sources formelles du droit.

### *PREMIERE PARTIE — Principales manifestations de la pratique*

#### *I. La pratique et la détermination du régime des contrats et des sociétés*

3. La pratique juridique joue un rôle important quant au régime des contrats commerciaux et des sociétés ; soit qu'elle le détermine expressément dans le cadre de la liberté contractuelle (A), soit qu'elle le détermine en marge du droit étatique (B), soit qu'elle soit à l'origine d'usages conventionnels (C) ou de lois et coutumes (D) qui déterminent tacitement ou automatiquement ce régime.

##### *A. Détermination expresse : choix et confection des contrats et statuts de société*

4. La liberté contractuelle reste le principe de notre droit même si elle perd du terrain en raison du développement d'un ordre public de direction et d'un ordre public de protection (2). D'autre part, en matière de sociétés commerciales, la liberté contractuelle a une signification réduite en ce qui concerne les S.A. et les S.P.R.L. qui sont des organismes — des institutions, dit-on souvent — organisés avant tout par le législateur.

La liberté contractuelle est à la base d'une importante variété de pratique juridique : celle qui consiste, d'une part, à *choisir* tel type de contrat ou de société plutôt que tel autre, voire à *inventer* de nouvelles formules contractuelles (a) et, d'autre part, à *confectionner* ce contrat ou cette société de telle ou telle façon (b).

5. a) En matière de contrats, il est difficile d'établir une statistique précise du degré d'utilisation de tel ou tel type de contrat et des nouvelles catégories contractuelles nées de la pratique elle-même.

La doctrine belge observe toutefois l'éclosion et/ou le développement, depuis une vingtaine d'années, de nouvelles formules contractuelles (3) comme le

(2) Voir à ce propos : Ghestin, *Le contrat*, L.G.D.J., 1980, n° 117 à 128.

(3) Notons que plusieurs auteurs analysent certaines de ces formules nouvelles non comme des contrats, mais comme des engagements par volonté unilatérale. Voir notamment : Van Ommeslaghe, *L'engagement par volonté unilatérale en droit belge*, J.T., 1982, 144 ; Bruyneel, *Les prêts subordonnés*, Rev. Banque, 1976, 530.

leasing mobilier et immobilier, le factoring, le franchising, la garantie à première demande, la carte de banque et de crédit, la lettre de confort ou de patronage, le prêt subordonné, le contrat de know-how et celui d'engineering (4). On a pu parler de «renaissance du phénomène contractuel» (5).

6. En matière de sociétés commerciales, il est possible d'établir des statistiques précises grâce à la publicité exigée par la loi (6). Ainsi, observe-t-on un net déclin des sociétés en nom collectif et en commandite simple, la quasi disparition de la société en commandite par actions, le nombre élevé de S.A. et surtout de S.P.R.L. On assiste également, depuis quelques années, à un renouveau de la coopérative : forme sociétaire qui permet d'éviter les aggravations de la responsabilité des fondateurs et administrateurs prévues par la loi pour les seules S.A. et S.P.R.L., mais qui sert aussi de cadre à des expériences autogestionnaires.

7. b) En matière commerciale, la confection des contrats est rarement du «sur mesure», mais plutôt du «prêt-à-porter» ou, plus exactement, du «prêt-à-signer» moyennant, le cas échéant, quelques retouches. C'est le phénomène des contrats-types (7). Phénomène qui peut se manifester à des niveaux différents réalisant ainsi une *uniformisation* plus ou moins poussée : celui de l'entreprise isolée ; celui du secteur professionnel au plan soit régional, soit national, soit international ; celui du commerce international (8).

Les contrats-types sont souvent élaborés par les fournisseurs de biens ou de services. Ce caractère unilatéral tend cependant à être corrigé avec l'éclosion de contrats-types élaborés par des groupements d'utilisateurs et, surtout, de contrats-types négociés collectivement. C'est le cas de la convention d'achat-vente établie par l'association de consommateurs «Test-achats» et l'association professionnelle nationale des négociants en meubles (NAVEM). Notons également que, par application de la procédure prévue par l'A.R. n° 62 du 13 janvier 1935, certains contrats négociés collectivement ont été rendus obligatoires par arrêté royal : le contrat de brasserie (A.R. du 28 novembre 1961) et, pour une période de six ans, le contrat de carburant (A.R. du 9 juin 1981).

8. En ce qui concerne les statuts des sociétés commerciales, divers facteurs d'uniformisation sont à observer. Le principal est l'intervention du notaire, obligatoire en matière de S.A. et S.P.R.L. Les notaires proposent le plus souvent des statuts-types — complétés, voire retouchés selon les besoins en cause — et peuvent s'inspirer, à ce propos, des clauses-types contenues dans les traités du Répertoire Notarial consacrés aux S.A. et aux S.P.R.L.

(4) Voir notamment : Y. Merchiers, *Enkele nieuwe handelsovereenkomsten*, Tijds. privaatr., 1979, p. 721 et s. ; Van Ryn, *Les grands courants du droit commercial contemporain*, J.T., 1982, 160 ; L. Simont, *Observations sur l'évolution du droit des contrats*, J.T., 1982, 285.

(5) Cfr. La renaissance du phénomène contractuel, Faculté de Droit de Liège, 1971.

(6) Divers recensements sont pratiqués, notamment celui du Registre central du commerce et de l'artisanat.

(7) Cfr. Van Ryn et Heenen, *Principes du droit commercial*, T. III, 2e ed., n° 22 à 24.

(8) Cfr. del Marmol, *Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial*, Liber amicorum Baron Frédéricq, T. I, 307.

L'association des classes moyennes ne propose pas de statut-type, mais remet à ceux qui le désirent des exemples de statuts. En revanche, l'association belge des juristes d'entreprise a mis au point des statuts-types de S.A. avec commentaires et variantes (9).

*B. Détermination en marge du droit étatique : certaines attitudes dans les contrats et les sociétés*

9. Dans l'optique du positivisme étatique, on ne saurait parler ici de pratiques juridiques : les comportements visés ne sont pas juridiquement obligatoires ; au contraire, ils consistent à se retirer du droit consacré par l'État, à le tenir — au moins provisoirement — à l'écart.

Toutefois, l'évocation de ces comportements présente un intérêt dans l'une et l'autre des perspectives d'analyse que l'on peut adopter pour notre sujet (supra, n° 1). Dans l'optique du pluralisme juridique, ces comportements peuvent révéler des règles de conduite constituant un droit original substitué au droit étatique. Dans l'optique génétique, on observe que ces comportements sont à l'origine de certains usages ou coutumes : ceux-ci résultent, en effet, plus souvent de la généralisation de comportements que de la généralisation de clauses expresses des contrats (10).

10. Les attitudes auxquelles nous songeons consistent à ne pas utiliser ou à ne pas épuiser les possibilités légales ou encore à ne pas s'en tenir strictement à ses obligations légales. Voici quelques exemples.

Il est de pratique courante, en matière commerciale, en l'absence de contrat écrit prévoyant le contraire, de laisser s'écouler une période de réclamation amiable avant de mettre un client récalcitrant en demeure de payer. De même, existe-t-il des contrats illégaux dont l'illicéité n'est pas soulevée par les parties : on songe, en droit des sociétés, aux pactes de votation ou de blocage ou aux protocoles secrets contenant des clauses dérogatoires aux statuts que l'on rencontre, notamment, dans la création de filiales communes.

Les juristes d'entreprise peuvent témoigner de ce que les problèmes contractuels sont parfois réglés sans référence au droit ou du moins sans se borner au droit : on cherche un arrangement raisonnable et le droit ne sera invoqué qu'en cas d'échec (11).

Plus délicates sont les supputations sur la genèse des usages et coutumes. Mais il semble bien qu'il s'agisse souvent d'attitudes spontanément adoptées dans les relations contractuelles et qui, se généralisant, ont été petit à petit considérées comme obligatoires. Ainsi, peut-on penser que l'usage selon lequel dans certaines ventes (12), la non-livraison à l'échéance permet une résolution

(9) Société anonyme, Statuts commentés, Brux., Bruylant, 1977.

(10) Cfr Pedamon, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?, Rev. trim. dr. civ., 1959, n° 12 à 14.

(11) Cfr Thoreau, Le juriste d'entreprise et le choc de l'imprévisible, in L'hypothèse du non-droit, Faculté de Droit de Liège, 1978, p. 33 et s., où on trouvera d'excellents exemples.

(12) Comme dans la vente sous voiles sur la place d'Anvers : J.F. Leclercq, Usages civils et commerciaux, J.T., 1973, 158.

immédiate par l'acheteur (par dérogation à l'article 1184 du Code civil) provient de ce que pareille résolution était courante et ne faisait pas l'objet d'une réclamation de la part du vendeur. De même peut-on supposer que la coutume permettant de mettre un commerçant en demeure par un rappel énergique (13) — le plus souvent une lettre recommandée — s'est imposée parce que les commerçants se sentaient interpellés à suffisance par pareil rappel et admettaient qu'il ait les conséquences d'une mise en demeure dans les formes légales.

*C. Détermination tacite : les usages conventionnels*

11. Certaines pratiques — clauses-types des contrats ou attitudes contractuelles habituelles — accèdent au rang d'usage conventionnel.

A ce moment, les parties sont censées s'y être référées tacitement : l'usage conventionnel est sous-entendu pour interpréter et compléter la volonté des parties (art. 1135 et 1160 du Code civil) (14). Il est présumé choisi par les contractants : ainsi peut-on comprendre qu'il l'emporte sur la loi supplétive (14). Mais la présomption peut être renversée s'il apparaît des circonstances et/ou de la volonté exprimée par l'une ou l'autre partie que l'usage a été écarté du champ contractuel (15). L'usage conventionnel doit être prouvé par celui qui l'invoque. Cette preuve peut résulter de la production d'un «parère» (14) ou des codifications privées établies par divers groupements professionnels, telles que les règles et usances en matière de crédit documentaire codifiées par la CCI ou la police d'assurance maritime d'Anvers établie par les professionnels de la place.

12. Comment s'opère le saut qualitatif qui transforme une pratique en un usage conventionnel ? La question est délicate.

Il faut, dit la Cour de cassation, que la pratique soit généralement reconnue par tous comme étant applicable à défaut de stipulation contraire aux conventions de même nature (16). Outre l'élément matériel du caractère général de l'usage, il y a donc un élément psychologique : la conviction que l'usage fait partie du contrat et, de ce fait, est obligatoire. D'où deux questions (d'ailleurs corrélées) : comment se manifeste cette conviction et sur quoi s'appuie-t-elle ?

On peut penser que la conviction se manifeste par une *absence de contestation* quant au caractère obligatoire de la pratique alors que le contrat ne s'y réfère pas expressément. Pour qu'une clause-type devienne un usage conventionnel, il faut donc que les parties qui ne l'ont pas reproduite se sentent obligées par elle et ne contestent pas qu'elles doivent se conduire comme si elle l'avait été.

L'absence de contestation révèle la conviction et, en même temps, la renforce. Mais ce renforcement peut résulter d'autres facteurs comme la reproduction d'une clause dans de nombreux contrats, l'écoulement du temps qui stabilise la pratique, l'intervention de groupes professionnels qui la constatent

(13) A ce propos : Van Ryn et Heenen, op. cit., n° 30.

(14) Cfr. Van Ryn et Heenen, Principes, I, 2e éd., n° 21 et 22.

(15) Cfr. Cass. 16 février 1979, Jur. comm. Belg., 1980, 396, obs. O. Hansen.

(16) Cfr. Cass. 29 mars 1976, Pas., 1976, I, 383. Voir aussi : Mons, 6 avril 1976, Pas., 1977, II, 71 ; Anvers, 29 juin 1977, Jur. Anv., 1977-78, 153.



et la codifiant. Enfin, la consécration par la jurisprudence couronne le processus : en principe, la jurisprudence se borne à constater la mutation de la pratique en usage mais il est permis de penser qu'elle y contribue également (17) (18).

*D. Détermination automatique : la coutume et la loi*

13. Bien qu'il soit parfois permis aux parties d'y déroger expressément, la coutume et la loi ne s'imposent pas au contrat par la simple adhésion tacite des parties (19). Comme normes du droit objectif, elles s'appliquent en principe même à ceux qui les ignorent : cette présentation des choses est, selon nous, préférable à l'utilisation de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ; c'est pourquoi nous parlons ici de détermination automatique du contenu du contrat. L'essentiel, toutefois, n'est pas dans cette nuance assez formelle, mais dans la mise en évidence d'une nouvelle promotion de la pratique.

14. A force d'être répétés de façon constante pendant une longue période de temps, certains usages ou pratiques acquièrent une telle stabilité et une telle certitude qu'on peut les considérer comme des coutumes. Celles-ci ne doivent plus être prouvées car le juge est censé les connaître : *jura novit curia*.

Les exemples de véritables coutumes commerciales sont peu nombreux. Citons principalement : la solidarité entre codébiteurs commerçants (20), l'absence de formalisme pour la mise en demeure d'un commerçant (21), l'anatocisme en matière bancaire (22). Ces coutumes s'appliquent au contrat sauf stipulation contraire expresse.

Il est piquant de constater que ces trois coutumes sont contraires à la loi (art. 1202, 1139 et 1154 du Code civil). Mais puisqu'il s'agit de lois du droit civil, certains auteurs voient, dans la reconnaissance judiciaire de ces coutumes contra legem, une manifestation de l'autonomie du droit commercial (23).

15. La détermination du contenu du contrat par la loi n'a d'intérêt, dans l'optique de notre rapport, que lorsque la loi consacre une pratique, un usage ou une coutume : à ce moment la pratique obtient — du moins dans l'optique du positivisme étatique — la consécration suprême.

Il est largement reconnu que certaines lois commerciales — comme la loi sur la lettre de change — sont la consécration de pratiques et usages préexistants. D'autre part, on peut rappeler ici le mécanisme original par lequel certains contrats négociés collectivement peuvent être rendus obligatoires par arrêté royal pour tout un secteur professionnel (*supra*, n° 7).

(17) Comp. Pedamon, *op. cit.*, n° 6.

(18) Notons, par exemple, que la jurisprudence belge reconnaît aux règles et usances en matière de crédit documentaire la valeur d'un véritable usage commercial : *Comm. Brux.*, 16 novembre 1978, *Rev. Banque*, 1980, 249.

(19) En ce sens, à propos de la coutume : Van Ryn et Heenen, *Principes*, I, 2e éd., n° 19.

(20) Cfr. Van Ryn et Heenen, *Principes*, III, 2e éd., n° 28.

(21) *Idem*, n° 30.

(22) Cfr. Van Ryn et Heenen, *Principes*, I, 2e éd., n° 20. A noter toutefois que l'existence, en ce cas, d'une coutume est controversée : *infra*, note 96.

(23) Van Ryn et Heenen, *ibidem*.

## II. La pratique et le contentieux du contrat et des sociétés

16. La jurisprudence publiée ne donne qu'une vue très imparfaite du contentieux du contrat et des sociétés. En pratique, celui-ci peut déboucher sur des arrangements amiables, des concessions unilatérales d'une ou l'autre partie reculant devant la perspective d'un procès ou les pressions du cocontractant, des transactions ou encore une procédure arbitrale. Seule une enquête sociologique permettrait de mesurer de façon précise l'importance pratique de ces diverses issues d'un conflit dans l'exécution du contrat.

En ce qui concerne l'arbitrage, il semble bien qu'une clause compromissoire soit presque toujours insérée dans les contrats internationaux. Mais s'agissant des contrats de droit interne, il est plus difficile de se faire une idée. On peut toutefois observer que la procédure arbitrale est prévue par un certain nombre de contrats-types (24). D'autre part, elle est assez fréquente dans deux secteurs particuliers : les assurances et l'immobilier (25). Pour le reste, le recours à l'arbitrage est assez exceptionnel (26) et il est rare en droit des sociétés (27). Signalons enfin que, malgré la disposition restrictive de l'article 1700 du code judiciaire, la clause d'amiable composition reste, si l'on en croit une étude récente (28), assez répandue dans les contrats bien qu'elle soit, en principe, nulle.

## III. La pratique et la détermination des bons comportements

17. Jusqu'à présent, nous avons confronté droit étatique et pratique contractuelle et nous avons pu observer un certain accueil de la pratique par le droit. Mais celui-ci n'est pas toujours neutre. Il peut également *induire* une certaine pratique. Pour le droit, il ne s'agit plus de constater ce qui se fait, mais d'indiquer de façon plus ou moins directe ce qui devrait se faire. La règle de droit ne se borne plus à consolider des manières de faire, elle cherche, selon l'expression de M. Henrion (29) « à influencer très activement le comportement économique ». C'est en quelque sorte, ajoute l'auteur, un glissement du *droit-garantie* vers le *droit-efficacité*.

On sera attentif dans ce troisième point aux différentes manières et techniques par lesquelles le droit à la fois instigue et promeut la bonne pratique professionnelle qu'elle soit contractuelle ou non : ce sera tantôt par des *normes générales* dont la jurisprudence devra préciser la portée (A) ; ce sera tantôt par la mise en place ou la reconnaissance d'*institutions* chargées de contrôler, voire définir, certains comportements professionnels (B).

(24) Cfr. Van Ryn et Heenen, *Principes*, III, 2e éd., n° 23.

(25) Cfr. Ph. Gérard, *Le champ de la Justice privée : aspects de la pratique de l'arbitrage en droit belge*, Facultés universitaires St. Louis, 1982, 3.

(26) *Idem*, p. 4.

(27) Cfr. A. Benoit-Moury et D. Matray, *L'arbitrage et le droit des sociétés*, *Revue de l'arbitrage*, 1978, 130.

(28) Ph. Gérard, *op. cit.*, p. 13 et 14.

(29) R. Henrion, *Le rôle du droit dans l'organisation de l'économie*, in *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Bruxelles, 1976, II, 1, p. 5 et 6.



*A. Les normes générales*

18. Les articles 1382 et 1383 du Code civil prescrivent un devoir général de prudence et de vigilance vis-à-vis des intérêts d'autrui. Quelques dispositions du droit commercial ou économique traduisent par des prescriptions plus explicites et mieux adaptées cette norme générale de conduite (30).

Ainsi, notamment, la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises et l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels imposent aux entreprises des normes (31) de conduite dans l'établissement de leur comptabilité (32). L'article 2 de la loi du 27 mai 1960 relative à l'abus de puissance économique interdit aux entreprises d'attenter à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou menacent de fausser le jeu normal de la concurrence.

Enfin et surtout, l'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 relative aux pratiques du commerce édicte un principe dont la portée générale est souvent comparée à celle de l'article 1382 du code civil (33) : «Est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un commerçant ou artisan porte atteinte ou tente de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres commerçants ou artisans». Cet article a donné lieu à une jurisprudence abondante (34). En aucune manière, l'usage honnête ne se confond avec ce qui se fait quand bien même la pratique incriminée serait générale dans un secteur professionnel déterminé (35). «Il correspond à un comportement reconnu comme décent (36) par le juge qui cherche l'équilibre entre...

(30) Comp. H. Cousy, Le rôle des normes non juridiques dans le droit, in Rapports belges au Congrès de l'Académie de droit comparé, Caracas, 29 août-5 septembre 1982, Bruxelles, 1982, 134.

(31) Cfr. à cet égard, la publication 3-80 du C.B.N.C.R. relative aux principes comptables contenus dans les réglementations comptables (C.B.N.C.R., Principes comptables, 1980, n° 3, 102 pages) et tout récemment, le rapport de M. Olivier, Normalisation en matière de comptabilité et de révision des comptes, CDVA, XXXVI<sup>e</sup> séminaire, Le droit des normes techniques et professionnelles, Spa, 16/17 novembre 1983, Doc. VIII.

(32) Sur les différentes réglementations belges en la matière, lire H.P. Lemaître, La réforme de la comptabilité et des comptes annuels des entreprises belges, Rev. trim. dr. comm., 1981, 628.

(33) Sur cette comparaison, on lira W. Van Gerven, Leerboek Handels en Economisch Recht, Antwerpen, T. II, 1978, n° 275 ; H. Swennen, Fout parkeren en de eerlijke handelspraktijken, Jur. comm. Belg., 1980, 89 ; Van Ryn et Heenen, Principes de droit commercial, 1979, I, 2<sup>e</sup> éd., n° 190.

(34) Cfr. à cet égard, la chronique de jurisprudence de MM. Evrard et Van Innis, Les pratiques du commerce (1971-1977), J.T., 1978, en particulier les n° 66 à 90 et l'abondante bibliographie y reprise.

(35) Dans la jurisprudence, on citera en ce sens les attendus très clairs du Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles dans son ordonnance du 17 janvier 1972 (J.T., 1972, 448 et la note en ce sens de L. Van Bunnin). Cfr. également Prés. Trib. Comm. Brux., 16 juin 1979, R.W., 1979-80, col. 713 ; Prés. Trib. Comm. Brux., 12 février 1975, Jur. comm. Belg., 1976, 186.

(36) La doctrine belge distingue nettement le concept de «décence» et celui de «moralité». Un usage honnête est un usage «décent» et ne doivent pas intervenir des considérations (suite de la note 36 page suivante).

son sens de l'équité dans le cas concret, d'une part, et sa connaissance du droit et son expérience, d'autre part. Le juge exprimant ce qui se manifeste dans la vie sociale, le contenu de l'usage honnête en matière commerciale est variable (37), comme l'est la vie de la société (38)» (39).

Ainsi par le biais de la jurisprudence, le droit réceptionne et définit ce qui correspond à l'«éthique professionnelle» (40). Il peut également la définir du moins partiellement par une réglementation propre à une branche d'activité. On citera en ce sens l'article 22 de l'arrêté royal du 30 juin 1966 (41) relatif au statut des agences de voyage qui prescrit le respect d'une certaine déontologie et mentionne à ce titre diverses obligations envers les clients, les fournisseurs et les confrères.

19. Cousy (42) voit également, dans l'élaboration des nombreux *codes de comportement* ou de conduite émanant de milieux professionnels déterminés (43), le souci de ces milieux de prévenir une application de l'article 54. Il s'agirait, par ces codes de conduite, de définir a priori les règles d'éthique professionnelle.

Il est trop tôt pour se prononcer sur l'accueil que les juges réserveront à cette manière d'agir. En particulier, verront-ils dans le non-respect de ces codes, une présomption d'usages malhonnêtes (44). De toute façon, l'existence de ces codes atteste le souhait des groupements professionnels d'organiser eux-mêmes le contrôle de leurs pratiques professionnelles et d'éviter autant que faire se peut les «sanctions objectives qui dans une société policée sont la consé-

(suite de la note 36).

tions de morale commerciale (à ce propos, en particulier, les réflexions de Gotzen, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, n° 600 et s.) et celles de De Vroede, La notion «usages honnêtes en matière commerciale», note sous *Brux.*, 27 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 71, n° 11 à 16.

(37) Cfr. sur les caractéristiques de la notion, en particulier les attendus de l'ordonnance du Président du Trib. de comm. de Kortrijk, 13 juin 1974, *Jur. comm. Belg.*, 1975, 194, note A. De Caluwé.

(38) «Le juge doit dès lors se borner à examiner si le comportement soumis à son appréciation serait celui d'un commerçant honnête placé dans les mêmes circonstances concrètes». (Prés. Trib. comm. *Brux.*, 28 juin 1971, *Jur. comm. Belg.*, 1975, 178).

(39) P. De Vroede, note citée, 81, n° 25.

(40) Selon l'expression de MM. Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, I, 2e éd., n° 190.

(41) *M.B.*, 27 juillet 1966, 7592.

(42) H. Cousy, op. cit., 144 (à propos du code belge de la publicité instaurant une sorte d'arbitrage des milieux professionnels : le jury d'éthique publicitaire). Cfr. également les réflexions de P. De Vroede (note citée, p. 75) à propos du code de déontologie des agences de voyage.

(43) Cfr. également, le phénomène des codes de bonne conduite émanant d'entreprises déterminées, agissant isolément. A leur propos avec quelques exemples. G. Pevtchin, *Les codes de bon comportement notamment dans la gestion des sociétés multinationales, in L'hypothèse du non-droit*, Séminaire de la C.D.V.A., Liège, 1977, 82 et s.

(44) Sur cette question, on consultera R.O. Dalcq, *Responsabilité quasi-délictuelle et normes techniques et professionnelles*, Travaux du XXXVIe séminaire CDVA déjà cités, Doc. XI, 32 et s.

quence logique d'un manquement à des règles qui protègent tous les citoyens» (45). Le droit prend en considération ce souhait et organise les institutions qui pourront réaliser cet objectif.

*B. La reconnaissance des groupements professionnels et la création d'institutions spécifiques*

20. On sait que dans notre pays, l'activité réglementaire n'est plus le seul apage des pouvoirs constitutionnels mais associe largement les représentants des entreprises (46). Notre intention n'est pas de proposer une analyse complète du phénomène de la concertation en Belgique, mais de montrer en quelques lignes comment ce phénomène aide à la réception voire à la promotion de la pratique professionnelle dans le droit.

A cet égard, deux types d'institutions peuvent être relevés. Le premier reprend l'ensemble des *groupements et associations* qui sont directement l'émanation des milieux professionnels. Ils ont pour dessein, selon l'expression même de la Cour de cassation (47), «de promouvoir une réglementation de la production, conforme à l'intérêt général, encore que leurs membres peuvent retirer indirectement de cette réglementation un avantage personnel». Le second couvre des *organes à compétence soit sectorielle, soit spécifique ayant pour rôle de contrôler et/ou définir des comportements professionnels*.

21. a) En ce qui concerne les groupements professionnels, la loi (48) favorise leur création. Ces groupements, en effet, peuvent exercer un certain contrôle de la pratique professionnelle, promouvoir une éthique du milieu, voire même réaliser une certaine uniformisation de la pratique. Rappelons en effet que c'est au sein de ces groupements que s'élaborent le plus souvent les codes de bonne conduite (49), et les contrats-types (50), que s'édicte les parères (51) et que peuvent même s'instituer des juridictions arbitrales (52). Si, par ces différentes

(45) A ce propos, notamment une des considérations générales qui forme le préambule du code de comportement des multinationales (OCDE, 21 juin 1979) : «Le respect des principes directeurs est volontaire et ne constitue pas une obligation susceptible d'être sanctionnée juridiquement». Sur ce code et ce refus de référence aux droits étatiques, Van der Mensbrugghe, Les codes de conduite pour sociétés multinationales. Quelques réflexions, R.D.I.D.C., 1982, 22 et s.

(46) Sur ce phénomène, notamment A. Jacquemin, L'État et l'entreprise privée : concertation ou corporatisme ?, in Entreprises en difficulté et initiative publique, Actes du colloque de Bruxelles, 28-29 avril 1977, Bruxelles, 1978, 3 et s.

(47) Cass. 9 décembre 1940, Pas., 1940, I, 316. En l'espèce, il s'agissait de savoir si un groupement professionnel, en l'occurrence la Carbocide, pouvait être qualifié d'A.S.B.L. Les juges répondent par l'affirmative.

(48) La loi du 31 mars 1898 autorise la création d'«Unions professionnelles» : l'article 2 précise que l'Union professionnelle est une association formée exclusivement pour l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels de ces membres.

(49) Cfr. supra, n° 19.

(50) Cfr. supra, n° 7.

(51) Cfr. supra, n° 11.

(52) Cfr. supra n° 16, le cas de l'arbitrage en matière d'assurances et de construction.

techniques, des pratiques tendant à être communes à une profession peuvent être réceptionnées par le droit, l'arrêté royal du 13 janvier 1935 (53) permet aux groupements de rendre obligatoires (54) pour l'ensemble de la profession certaines pratiques contractuelles (55) ou non (56). Le droit favorise ainsi une tendance corporatiste (57) : il ne s'agit en effet plus de simple réception mais bien de promotion par le droit (58) ; il s'agit d'une véritable délégation du pouvoir réglementaire. Les mêmes réflexions valent pour les lois du 15 décembre 1970 et du 1er mars 1976 (59) qui autorisent les organisations professionnelles des P.M.E. à instaurer certaines conditions d'exercice de la profession.

22. b) Parfois, le législateur instaure des *institutions ayant pour but l'élaboration de normes de comportement* dans certains domaines ou vis-à-vis de secteurs spécifiques.

Certains de ces organismes ont une *compétence spécifique*. Citons à ce propos la Commission des normes comptables prévue par l'article 14 de la loi du 17 juillet 1975 (60) qui a pour mission de «développer la doctrine comptable et de formuler les principes d'une comptabilité régulière par la voie d'avis ou de

(53) A.R. n° 62 permettant l'institution d'une réglementation économique de la production et de la distribution. Pour un commentaire de cet arrêté et de son application devenue rare depuis quelques années, lire H. Swennen, *De bevoegheid van de Raad voor economische Geschillen*, Actes du colloque sur la magistrature économique, Bruxelles, 1976, I, 4, 2 et s.

(54) La procédure est la suivante : le groupement dépose une requête en réglementation. Cette requête est publiée au Moniteur. Elle est susceptible de contestation par tout membre de l'association professionnelle. Les litiges sont réglés par une procédure arbitrale avec audition d'un commissaire du gouvernement (art. 4 de l'A.R. du 13 janvier 1935). En cas d'échec ou à défaut d'accord sur cette procédure, c'est une sorte de magistrature économique, le conseil du contentieux économique, qui réglera le différend. La requête est alors susceptible d'être reçue par arrêté royal publié au Moniteur (Sur la procédure, lire P. De Vroede, *Handbook van het belgisch economische Recht*, Kluwer, Antwerpen, 2e éd., 1981, n° 691 et s.).

(55) Cfr. supra, n° 7 in fine.

(56) Ainsi, l'arrêté royal du 30 avril 1980 (M.B., 10 juin 1980) accueillant une requête relative à l'industrie des torchons.

(57) Que certains jugent d'ailleurs contraire aux règles de la concurrence édictées par le Traité de Rome. A ce sujet, l'article de R. Joliet, *Cartellisation, dirigisme et crise dans la Communauté européenne*, in *Aides et mesures de sauvegarde*, XXXIIe séminaire, CDVA, Paris, 1980, 20.

(58) ...ceci entraîne que les juges auront à vérifier, suivant le principe de spécialité, si les décisions prises par ces groupements ne sortent pas du domaine de leur compétence d'attribution. Dans le même sens, à propos des ordres professionnels, Y. Hannequart, *Les normes déontologiques et leurs caractères spécifiques*, Travaux du XXXVIe séminaire, CDVA, Doc. IX, 11 et s.

(59) Loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les P.M.E. ; loi du 1er mars 1976 et A.R. du 4 mars 1977 créant la possibilité pour les organisations professionnelles de proposer l'instauration de conditions d'exercice de la profession. La liste des professions ainsi réglementées est impressionnante (cfr. sur cette liste, celle reprise dans le code Larcier, T. II, Droit pénal, v° Accès à la profession).

(60) Loi relative à la comptabilité et aux comptes annuels prise en exécution anticipée de la 4e directive C.E.E.

recommandations» (61). En d'autres termes il s'agit d'un organe à fonction quasi administrative (62) chargé de définir la bonne pratique comptable et de présider, par là, à la naissance d'une sorte de droit coutumier (63). Si ces recommandations et avis ne sont pas en tant que tels obligatoires, leur non-respect pourra être sanctionné par la jurisprudence par le biais de la faute professionnelle (64) engageant la responsabilité de son auteur.

23. Les activités de l'Institut Belge de Normalisation (I.B.N.) ont récemment intéressé la doctrine belge (65). Cet Institut créé par l'arrêté-loi du 20 septembre 1945 (66) a pour but la normalisation c'est-à-dire «l'ensemble des prescriptions techniques de spécification et d'unification relatives à la forme, à la composition, à la qualité des produits et des marchandises ; à la terminologie et à la représentation graphique ; aux méthodes de calcul et d'essai». Les normes établies par l'I.B.N. peuvent être enregistrées ou homologuées par arrêté royal publié au Moniteur (67). Même publiées, elles restent de simples règles de savoir-faire (68), sauf à l'État à les rendre obligatoires par simple référence (69). Indépendamment de cette réception explicite dans le droit, ces normes sont susceptibles de faire l'objet d'une réception jurisprudentielle. «Celui qui

(61) Ces avis ou recommandations sont publiés dans le Bulletin de la Commission des Normes Comptables. Sur l'activité de la Commission, K. Van Hulle, *De boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen*, Jur. com. Belg., 1981, I, p. 12.

(62) Sur les diverses missions de cette Commission dont les membres sont nommés par le Roi, H.P. Lemaître, art. cité, n° 4.

(63) «Mais ne sommes-nous pas en présence d'une sorte de nouveau droit coutumier dont la formation est pour ainsi dire accélérée par la mise en place d'un organisme qui est chargé de fixer les habitudes» (H. Cousy, op. cit., 143).

(64) Ainsi, les décisions du tribunal de commerce de Charleroi en date du 12 octobre 1976 (Rev. prat. soc., 1976, 148-149) et de la cour d'appel de Mons en date du 16 mai 1979, Rev. prat. soc., 1980, 191) qui pour dégager la faute d'un commissaire-réviseur, se réfèrent expressément aux normes et directives de l'I.R.E. Cfr. également l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1981 relatif à la violation du règlement de discipline par un réviseur d'entreprise.

(65) A preuve, le XXXVI<sup>e</sup> séminaire organisé à Spa par la C.D.V.A., les 16 et 17 novembre 1983, avait pour titre : «Le droit des normes techniques et professionnelles».

(66) L'arrêté de 1945 a été suivi d'un arrêté royal en date du 30 juillet 1976 (M.B. 10 septembre 1976, II.198) qui fixe la procédure d'homologation des normes.

(67) En ce qui concerne la procédure d'enregistrement ou d'homologation, lire F. Walschot. La normalisation, un problème de droit actuel ?, Fabrimétal, février 1981.

(68) Article 7 de l'A.R. du 30 juillet 1976 : «L'État et les autres personnes de droit public, les personnes de droit privé ainsi que les autres personnes concernées considèrent ces normes comme des règles de savoir-faire». Cfr., en outre, l'attendu de la cour d'appel de Bruxelles, 21 février 1963 (Jur. comm. Belg., 1963, 239) : «les normes ne sont que des directives et des conseils à l'usage des fabricants et des utilisateurs plutôt que des règles obligatoires».

(69) Les normes et les principaux avis de l'I.B.N. sont publiés dans la revue mensuelle éditée par l'Institut. Des arrêtés, règlements (par exemple en matière de construction) voire cahier des charges (art. 1 du cahier général des charges, A.M. 10 août 1977), s'y réfèrent parfois explicitement.

respecte les normes s'assure en principe la protection des tribunaux en matière de responsabilité civile et contractuelle» (70).

24. 2) Outre ces organismes à compétence spécifique, on notera l'existence de nombreux *organismes à compétence sectorielle*. De tels organismes ont pour mission de contrôler et d'influencer l'activité des entreprises relevant d'une même branche d'industrie : la sidérurgie, le textile, l'énergie, etc. (71). Parmi ces différents organismes, on en relèvera deux : le plus connu, la Commission bancaire et celui mis en place dans le secteur des assurances : l'Office de contrôle des assurances.

L'action de la Commission bancaire, véritable magistrature économique (72) créée par l'arrêté royal du 9 juillet 1935 est exemplaire (73). Le contrôle qu'elle assure de l'activité des banques et des intermédiaires financiers, la supervision dont elle entoure les appels à l'épargne l'amènent à de fréquentes recommandations (74). Ainsi, par les rapports annuels de la Commission, s'élabore progressivement, selon l'expression de Cousy (75), «un véritable code de comportement» dans les matières bancaires et financières. Certes, ces recommandations (76) ne sont pas en soi obligatoires et en tant que telles ne sont pas susceptibles de

(70) F. Walschot, art. cité, 37 ; P. Croon, La normalisation et les problèmes de responsabilité, Revue I.B.N., novembre 1982, 4. Dans la jurisprudence on citera en ce sens, la décision inédite du tribunal de commerce de Turnhout du 2 juillet 1976 (citée par Flamme, Comm. pratique de la réglementation des marchés publics, Bruxelles, 4e éd., n° 108 et n° 265, 4°).

(71) On citera :

- le comité de contrôle de l'électricité et du gaz (L. du 8 août 1980, art. 170 et s.) ;
- le comité de l'énergie (L. du 8 août 1980, art. 168 et 169) ;
- le comité de planification et de contrôle de la sidérurgie (A.R. du 15 décembre 1978) ;
- le comité de concertation et de contrôle du pétrole (A.R. du 8 avril 1974) ;
- etc.

(72) A ce propos notamment, R. Wtterwulghc, La Commission bancaire : une expérience originale de magistrature économique, Actes du colloque sur la magistrature économique, op. cit., I, 5 ; C. del Marmol, Juridictions et développement du droit économique, Bull. de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, 1975, 5e série, 178 et s.

(73) En ce qui concerne l'activité de la Commission bancaire, nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage de J. Le Brun, La protection de l'épargne publique et la Commission bancaire, Bruxelles, 1979, n° 7 à 32, à l'article de A. Bruyneel, The Belgian «Commission Bancaire», Functions and Methods, Journ. of comp. corporate Law and securities Regulations, 1978, 187-209, enfin au rapport de J. Le Brun, Les normes professionnelles dans l'action de la Commission bancaire, Travaux du XXXVIe séminaire, C.B.V.A., Doc. I.

(74) «La place de l'action de conseil et de recommandation (de la Commission) est ainsi considérable» (J. Le Brun, La protection de l'épargne publique et la Commission bancaire, op. cit., n° 721 et s. ; L. Wymeersch, De bankcommissie en de openbare uitgifte van affecten, in Economisch en financieel recht vandaag, Gent, 1972, p. 146).

(75) H. Cousy, op. cit., 140 et les références y reprises.

(76) La Commission bancaire a elle-même repris dans un document de synthèse, l'ensemble des recommandations faites depuis sa création (Rapport annuel de la Commission bancaire, 1978-1979, 106 et s.).

recours (77). Leur non-respect constitue cependant une «violation de la déontologie des affaires», comme le note le tribunal de commerce de Bruxelles dans une décision récente (78) et peut engager la responsabilité de son auteur. A nouveau, la réception par le droit des normes de la pratique professionnelle n'est pas automatique, elle se fait par le biais des principes généraux de la responsabilité (79).

25. Enfin, on évoquera la mission de l'Office de contrôle des assurances tenu, suivant les termes de l'article 29 de la loi sur les entreprises d'assurances (80), de déterminer «les obligations et interdictions auxquelles doivent être soumises les entreprises d'assurances afin que leurs opérations soient conformes à la technique des assurances, aux exigences de l'équité et à l'intérêt général des assurés et bénéficiaires des contrats d'assurance». L'Office peut dès lors notamment régler la conclusion et l'exécution des contrats d'assurance. De telles réglementations sont publiées au Moniteur belge (81). Ici, la réception par le droit est directe, c'est-à-dire que les normes de comportement édictées par l'Office valent en droit par leur prononcé et leur publication.

## SECONDE PARTIE – La pratique et les sources formelles du droit

### I. La pratique et la loi

Nous avons relevé quatre types d'attitudes de la loi à l'égard de la pratique.

#### A. La loi réceptionne la pratique

26. Cette première attitude de la loi à l'égard de la pratique est la plus libérale. Par le biais des articles 1134, 1135 et 1160 du Code civil, le droit de l'État réceptionne les accords contractuels et les usages. Il s'ensuit qu'ils pourront recevoir la sanction des tribunaux étatiques.

(77) Trib. civ. Brux., 28 juin 1955, J.T., 1956, p. 71. Sur ce point, d'autres développements in J. Le Brun, op. cit., n° 723.

(78) Trib. comm. Brux., 31 janvier 1980, Jur. comm. Belg., 1980, IV, 421 à propos d'une cession d'actions contrevenant au principe de l'égalité de traitement des actionnaires prônée par la Commission bancaire. La décision refuse d'annuler la cession enfreignant ce principe, tout en reconnaissant la responsabilité du contrevenant.

(79) A noter que la réception est exceptionnellement directe. La loi du 28 décembre 1973 relative aux propositions budgétaires confie à la Commission bancaire le pouvoir de rendre obligatoires les recommandations de politique monétaire émises par la Banque Nationale de Belgique.

(80) Loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurances (M.B., 29 juillet 1975). Sur cette loi et l'organisation du contrôle, H. Claassens, De veralgemeende controle op het verzekeringswezen in België, Bull. Ass., 1975, n° 25 et s., p. 27 et s.; M. Fontaine, Les normes non juridiques et le secteur des assurances, Travaux du XXXVI<sup>e</sup> séminaire, C.D.V.A., Doc. VII.

(81) Elles sont préalablement soumises à l'avis de la commission des assurances et à l'approbation du Ministre (article 29, alinéa 3). Jusqu'à présent, aucun règlement n'a été pris sur cette base. Par contre, l'Office a multiplié les «communications».



Le système juridique étatique accueille donc la pratique contractuelle et la récupère en quelque sorte. Ce qui permet à M. Carbonnier d'observer que l'article 1134 réalise une intégration dans le droit de l'État de plusieurs phénomènes «allégués au titre du pluralisme juridique» (82).

Cette présentation des choses appelle toutefois deux correctifs.

Le premier est bien connu : la loi ne réceptionne pas n'importe quel accord contractuel : encore faut-il que les conventions soient légalement formées et respectent, dès lors, l'ordre public de direction et de protection. D'autre part, certaines nouvelles formules contractuelles rencontrent parfois des obstacles légaux (*infra*, n° 37).

Le second correctif propose de regarder les pratiques contractuelles non du point de vue du droit de l'État qui les réceptionne, mais du point de vue de la pratique elle-même : il s'agit de souligner la spécificité de la pratique (a) et d'évoquer son attitude à l'égard de la réception (b).

#### a) La spécificité de la pratique

27. La récupération des contrats-types et des usages codifiés par le droit interne et le droit international privé (qui reconnaît l'autonomie contractuelle) ne doit pas dissimuler la spécificité et l'originalité de cette pratique surtout lorsqu'elle exprime le droit qui régit des gens du même monde : le commerce international ou le monde des affaires. D'une part, parce que ce droit *complète* le droit de l'État ou le *supplante* lorsque les clauses contractuelles et les usages dérogent aux lois et remplacent les normes matérielles des droits nationaux. D'autre part, parce que ce droit est vécu et ressenti comme un droit propre. Cette perception est renforcée dans les secteurs (*supra*, n° 16) où l'arbitrage est largement répandu. Dans ce cas, le droit propre est sanctionné par des juridictions propres : le fait que le droit étatique les tolère, les reconnaît même et leur fournit, au besoin, le bras séculier (l'exequatur) ne leur ôte pas leur spécificité.

En matière de commerce international, ce processus trouve son point culminant dans l'émergence de la *lex mercatoria* : à ce moment, l'autonomie et la spécificité sont à ce point poussées — avec l'apparition des principes généraux du droit et de l'équité applicables aux transactions du commerce international — qu'il est très tentant d'adopter le point de vue pluraliste et de parler de l'émergence d'un ordre juridique propre au commerce international (83).

#### b) L'attitude de la pratique à l'égard de la réception étatique

28. Nous avons déjà souligné (*supra*, n° 9) que le monde de la pratique n'utilise pas toujours les possibilités offertes par le droit étatique ou règle certains conflits en ne s'en tenant pas strictement aux solutions de ce droit.

La réception étatique n'est certes pas dédaignée : sinon, on ne prendrait pas la peine de rédiger des contrats. On peut se demander, néanmoins, si elle

(82) Sociologie juridique, 1re éd., 213.

(83) A ce propos, B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit, t. IX, 177 et s. ; C. del Marmol, *Lex mercatoria*, J.T., 1982, 164 et s.

n'est pas souvent perçue comme un *ultimum remedium* ou une sorte de police d'assurance.

On peut penser que les engagements juridiques se doublent d'engagements dits moraux : les contractants se sentent obligés au respect de la parole donnée autant — si pas plus — par rapport aux règles du milieu, que par rapport au droit de l'État. Les contrats et usages sont respectés au titre de règles du milieu autant — sinon plus ? — qu'à raison de leur réception par le droit étatique. Si on admet cette vision des choses, elle conduit à identifier un pluralisme juridique ou, à tout le moins, un pluralisme normatif : l'accord des parties est régi non seulement par les normes et pressions étatiques, mais aussi par les normes et pressions du milieu.

Nous touchons ici à la sociologie du droit et à une approche assez inhabituelle du phénomène contractuel. Mais faute de place et de compétence, nous devons nous borner à effleurer la question.

#### *B. La loi entérine la pratique*

29. La pratique a une influence sur la confection des lois commerciales.

Ou bien la loi consacre et perfectionne un mécanisme qui est né et s'est développé dans la pratique. Le plus bel exemple est probablement celui de la loi sur la lettre de change. La consécration légale de ce genre de pratique n'était pas une absolue nécessité — à preuve les nombreux titres négociables dont le statut reste régi par les usages (84). Mais on peut penser qu'elle a accru la sécurité juridique et donné un nouvel essor au mécanisme en question.

Ou bien, dans des domaines que la loi estime devoir organiser elle-même, la pratique a une influence sur les modifications législatives : l'idée est alors d'établir une plus grande harmonie entre la loi et la pratique. Tant que cette harmonie n'est pas réalisée, on parle de divorce. En Belgique, pareil divorce est fréquent en raison de la lenteur désespérante du processus législatif (du moins en pareil les matières).

30. Le droit des sociétés offre maints exemples d'hiatus entre le modèle légal et sa mise en œuvre par des pratiques déformantes voire illégales ou du moins, à la limite de la légalité : la participation de comparses — pour faire nombre — à la création de nombreuses sociétés, la liturgie souvent purement formelle d'assemblées générales où les contrôlés s'identifient aux contrôleurs, l'absentéisme des petits actionnaires sont autant de phénomènes bien connus qui énervent le schéma légal. D'où des réformes qui sont toujours à l'état de projets : la société d'une personne, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée, l'action sociale minoritaire, les actions sans droit de vote.

Observons que, par souci de cohérence, la consécration légale est parfois plus rapide. Un bon exemple est fourni par le comité de direction dans les banques. Celui-ci fut d'abord instauré en vertu d'un protocole passé avec la Commission bancaire : protocole à la légalité très douteuse car il dépouillait le conseil d'administration de l'essentiel de ses prérogatives. L'harmonie a été

(84) Cfr. Van Ryn et Heenen, Principe, T. III, 2e éd., n° 90 et s.

restaurée par la loi du 30 juin 1975 qui a officialisé l'existence de ce comité de direction.

Des pratiques parfaitement légales peuvent aussi être entérinées. Ainsi, le projet de réforme des sociétés (85) ne reprend pas la société de commandite par actions, disparue en pratique et prévoit — conformément à la pratique statutaire actuelle — que la société coopérative est à responsabilité limitée.

### *C. La loi oriente la pratique*

31. Le droit ne se contente pas de rester passif face à la pratique commerciale ; il prétend l'orienter suivant deux techniques dont nous avons mis en évidence les principales applications (86). La première consiste à développer, à côté de normes générales classiques tel l'article 1382 du Code civil, des principes généraux plus spécifiques au monde commercial et économique. L'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce en est l'application la plus intéressante. Une telle technique laisse à la jurisprudence le soin de définir le contenu précis et toujours en évolution de ces normes vagues et floues.

La seconde technique est plus nouvelle. Elle consiste à confier à certains organismes reconnus ou créés spécialement, le soin d'organiser et de contrôler une pratique professionnelle déterminée. La conjonction des deux techniques amène une autorégulation et une autodiscipline des groupements professionnels. Les recommandations de ces organismes quasi-administratifs sont souvent suivies, ne serait-ce que pour écarter la menace d'une réglementation légale (87). On signalera en outre que ces organismes jouent un rôle de juridiction quasi-arbitrale (88) au sein de certaines professions.

Est-ce à dire que le développement des bonnes pratiques est entièrement contrôlé par la loi, ne serait-ce qu'indirectement ?

Il semble que non. La loi suscite, encourage voire organise l'avènement d'une régulation : mais celle-ci garde une sphère d'autonomie. D'une certaine façon, des ordres normatifs non étatiques se développent avec la bénédiction ou l'aide du droit de l'État. Certes, des mécanismes de réception légale de cette autorégulation sont parfois prévus, mais ils ne sont pas nécessairement utilisés.

La loi accepte donc — au moins provisoirement — de ne pas enserrer la bonne pratique dans une réglementation légale tâtillonne qui risquerait d'être moins bien avertie des problèmes spécifiques du milieu concerné et moins bien acceptée malgré un caractère obligatoire apparemment plus évident.

(85) Doc. Parl., Chambre, Session 1979-1980, 387, n° 1.

(86) Cfr. supra, n° 17 et s.

(87) Ainsi, nous avons noté que l'Office de contrôle des assurances pouvait prendre des règlements, que la Commission bancaire pouvait rendre obligatoires certaines recommandations de la Banque Nationale. H. Cousy (op. cit., 141) parle de « bâton derrière la porte », la loi ou le règlement étant perçus, alors, comme la sanction d'une insuffisance de l'autodiscipline de la profession.

(88) ...dans la mesure où certaines caractéristiques de l'arbitrage se retrouvent dans le règlement quasi-juridictionnel des différends soumis à ces organismes : absence de publicité des débats et des décisions, compétence professionnelle du « juge ». Sur ce point, E. Wymeersch, La fonction quasi-juridictionnelle, R.D.F.D.C., 1982, 221 et s.

Loin de combattre le renouveau du corporatisme, la loi semble donc plutôt l'encourager. Il n'est pas sûr, toutefois, que ce soit toujours la meilleure attitude. Comme le note M. A. Jacquemin (89), «se manifeste en effet une multiplication des mécanismes du pouvoir, jouant dans l'interstice des lois. Une telle multiplication est d'autant plus dangereuse que ces mécanismes sont souvent plus efficaces, plus contraignants et moins contrôlables que ceux placés sous le signe visible de la loi».

#### *D. La loi dirige la pratique*

32. C'est un lieu commun de relever les multiples interventions du législateur et de l'exécutif dans la réglementation du jeu commercial et des structures économiques. Que ce soit le phénomène du dirigisme contractuel, la réglementation des sociétés, l'hypertrophie des textes techniques réglementant la production, la distribution et les prix, partout la loi enserré la pratique, la fige pour quelque temps avant d'être à nouveau modifiée sous la pression des besoins de cette même pratique. «Le droit économique bourgeoise au milieu d'une végétation inouïe de textes» (90).

Les motifs de cet interventionisme direct de la règle de droit dans le développement de la pratique (91) sont clairs. Il s'agira tantôt de consacrer ce qui se fait ou ce que réclament les praticiens (92), tantôt, au contraire, de corriger les tendances de la pratique pour la raison que l'autorégulation ne peut satisfaire au juste (la protection du plus faible) ou à l'utile (la protection de l'intérêt général) (93).

#### *II. La pratique et la jurisprudence étatique*

33. L'attitude de la jurisprudence face à la pratique nous paraît suivre les quatre directions déjà relevées pour la loi : la jurisprudence accueille la prati-

(89) A. Jacquemin, *L'État et l'entreprise privée, concertation ou corporatisme ?*, in *Entreprises en difficulté et initiative publique*, Actes du colloque des 28 et 29 avril 1977, Bruxelles, 1978, 9 et s. Comp. dans le domaine du commerce international, les réflexions de F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, 1977, 412, n° 233.

(90) R. Henrion, *Le rôle du droit dans l'organisation de l'économie*, Actes du colloque sur la magistrature économique, Bruxelles, 1976, I, 3 ; Cfr. également L. Simont, *Observations sur l'évolution du droit des contrats*, J.T., 1982, 285.

(91) «C'est ainsi que Truchet (Réflexions sur le droit économique public en droit français, *Rev. dr. pub.*, 1980, IV, 1026) caractérise le «droit économique public» : «Le droit économique public comprend l'ensemble des règles applicables aux relations entre personnes de droit prises en tant qu'unités économiques, dès lors que la puissance publique intervient dans ces relations».

(92) Cfr. par exemple les réglementations relatives aux formes originales de sûretés commerciales, ainsi le warrant, l'endossement des factures, le nantissement du fonds de commerce, etc. A propos de ces législations, traduction des souhaits des praticiens, I. Moreau-Margrève, *Évolution du droit et de la pratique en matière de sûreté*, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 135 et s. Cfr. également les réglementations par A.R. adoptées à la requête de groupements professionnels (supra, n° 7).

(93) Exemple type : la loi de 1957 sur la vente et le prêt à tempérament.

que (A), levant même parfois certains obstacles légaux à son développement (B) ; elle peut également l'orienter (C) ou, au contraire et négativement, la combattre (D).

*A. La jurisprudence accueille la pratique*

34. Le principe de la liberté contractuelle, la reconnaissance des usages conventionnels et la consécration de coutumes permettent indéniablement à nos juges de «réceptionner» la pratique. Cette «réception» n'est pas une simple constatation de la pratique. D'une part, l'intervention des juges officialise une mutation : la pratique devient une règle du droit étatique. D'autre part, les conditions posées par la jurisprudence à cette réception peuvent apparaître tantôt restrictives (a), tantôt déformantes (b). Illustrons en quelques mots ces deux phénomènes.

35. a) Les usages conventionnels ne forcent la porte du droit que dans la mesure, premièrement, où ils ne contreviennent pas à une loi et, secondement, où ils sont constants, uniformes et publics (94). Or, la preuve du caractère constant, uniforme et public d'une pratique déterminée peut s'avérer difficile et on conçoit aisément, par exemple, que certaines banques, lors de contestations avec leur client sur la portée des engagements réciproques, plaident non sur base de l'usage conventionnel qui rendrait obligatoire le «règlement des opérations bancaires», mais se réfèrent à la clause contractuelle expresse renvoyant à ce règlement, clause que l'institution bancaire aura pris soin de faire signer préalablement à son client (95). Quant à la coutume, elle est certes obligatoire même *contra legem*, mais la condition d'usage immémorial la rend exceptionnelle (96).

b) Les déformations subies par les pratiques contractuelles originales du monde commercial lors de leur accueil par la jurisprudence mériteraient d'amples développements. Avant de faire jouer pleinement l'originalité d'une pratique, par le biais du contrat qualifié souvent alors de «*sui generis*» (97), de donner son plein sens à la liberté conventionnelle, les juges chercheront à emprunter à des contrats déjà nommés telle ou telle réglementation au risque

(94) J. Liebaert, A propos du règlement des opérations de banque : les usages et le contrat d'adhésion, *Rev. banque*, 1968, 346.

(95) C'est tout le sens de l'article de Liebaert cité note précédente. Cfr. sur la portée pratique de la distinction à propos de la carte de crédit, la réflexion de I. Moreau-Margrève, *op. cit.*, p. 155.

(96) Ainsi, la pratique de l'anatocisme bancaire considérée comme une coutume par certains, ne l'est pas pour d'autres (à ce propos, la discussion in J.M. Nelissen, *De rekening-courant*, Antwerpen, 1976, n° 160).

(97) A propos du contrat *sui generis*, les réflexions toujours actuelles de Picard (*Le droit pur*, 1920) citées par Perrot, *L'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, Paris, 1953, p. 26.

de déformer les contours de la réalité contractuelle différente voulue par les parties (98).

36. La crainte de telles déformations et de telles restrictions mises à la réception de la pratique est peut-être à la base de la théorie doctrinale originale de l'institution juridique développée en droit commercial belge par les professeurs Van Ryn et Heenen qui s'expriment en ces termes : « On est ainsi réduit à reconnaître qu'il existe en fait, dans le droit positif, des institutions en quelque sorte spontanées, c'est-à-dire des ensembles de règles ou de pratiques accréditées par leur observation généralisée, même par ceux qui souffrent de leur application. Cet assentiment quasi-unanime constitue le signe distinctif de la valeur intrinsèque de l'institution et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure entre les divers intérêts engagés. Le besoin d'égalité et de sécurité exige alors que l'institution soit reconnue comme règle de droit » (99) (100).

*B. La jurisprudence lève parfois des obstacles légaux rencontrés par la pratique*

37. Une des infériorités de la jurisprudence par rapport au législateur réside dans le fait qu'il ne lui appartient pas en principe d'entériner des pratiques allant à l'encontre de la loi.

On constate cependant une tendance de la jurisprudence à recourir à divers raisonnements ou constructions doctrinales pour permettre à certaines pratiques de contourner tel obstacle légal qui est de nature à freiner leur développement. Cette tendance se vérifie toutefois surtout auprès des juridictions de fond.

Nous évoquerons brièvement deux exemples.

a) L'essor du leasing mobilier est lié à la possibilité pour le lessor d'opposer au curateur en cas de faillite son droit de propriété sur l'objet remis en leasing. Cette opposabilité ne peut pourtant être admise si on analyse l'opération comme une location-vente, puisque cette opération est elle-même le plus souvent disqualifiable en vente avec clause de réserve de propriété et puisque pareille clause, en droit belge actuel, est inopposable aux tiers.

Après quelques hésitations, la jurisprudence des juges du fond, stimulée, il est vrai, par plusieurs auteurs, a rejeté une telle analyse (101) bien que pourtant,

(98) Ainsi, par exemple, le laconisme des textes régissant l'aval a amené une jurisprudence abondante à appliquer à cet engagement les règles relatives au cautionnement. Ce n'est que récemment que l'originalité de l'aval a été consacrée pleinement (Cass., 3 avril 1981, J.T., 1982, 281). Les deux premières décisions en matière de garantie bancaire à première demande assimilèrent cette pratique, tantôt à un cautionnement (Comm. Brux., 7 août 1979, inédit), tantôt à un crédit documentaire (Comm. Brux., 21 novembre 1979, Jur. comm. Belg., 1980, I, 140). Comp. la sentence de la C.C.I. du 19 septembre 1979 rendue en droit belge à propos d'une garantie à première demande (Aff. n° 3316, Clunet, 1980, 970, obs. Y. Derains) : « Le commerce et la pratique des affaires ont développé pour leurs propres besoins des actes légaux qui sont détachés de leur cause et fondés sur le principe d'autonomie de la volonté ».

(99) Principes de droit commercial, T. I, 2e éd., n° 13, p. 26 et 27.

(100) Dans le cadre de ce rapport, il ne nous est malheureusement pas possible de développer une analyse de cette théorie.

(101) Cfr. Simont, Observations sur l'évolution du droit des contrats, J.T., 1982, 286 et les références citées : Liège, 3 juin 1981, Rev. dr. comm., 1983, 358.

dans de nombreuses hypothèses, elle soit difficilement critiquable (102). Bien mieux : plusieurs décisions favorables à l'opposabilité se fondent sur l'arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1967 : arrêté qui a prévu l'apposition sur les biens donnés en location d'une plaque indiquant qu'ils restent la propriété du lessor ; or, cet arrêté régit seulement les conditions d'agrément des sociétés de leasing et ne peut avoir aucune conséquence sur les relations contractuelles et les droits des tiers (103). Ce raisonnement vient d'ailleurs d'être condamné par la Cour de cassation (104).

b) L'essor du factoring — ou affacturage — est lié à la possibilité de céder aisément les créances. Vu la lourdeur de l'article 1690 du Code civil, les factors belges recourent à l'endossement de la facture. Mais, contrairement à ce que prévoit la loi du 31 mars 1958, ils n'envoient pas de lettre recommandée aux débiteurs pour les avertir de ce changement de créancier : ils se contentent d'une mention sur la facture, laquelle est acheminée par courrier régulier. La validité de cette pratique est douteuse (105). Mais, grâce à divers raisonnements et, particulièrement, à la théorie des actes équipollents — invention doctrinale qui a pour fonction de contourner certains formalismes légaux — plusieurs décisions de juridictions de fond ont débouté les débiteurs — peu sympathiques il est vrai — qui invoquaient l'omission de la formalité légale pour refuser le paiement au factor (106).

### *C. La jurisprudence oriente la pratique*

38. Dans les matières commerciales et économiques, la loi, avons-nous dit, met en place des normes générales, des «standards» de comportements (107). L'application jurisprudentielle de ces standards s'est révélée riche d'enseignements et inventive dans son appréhension des règles du jeu contractuel ou professionnel. En outre, la souplesse de ces standards en fait un instrument toujours adaptable à la réalité mouvante de la pratique (108).

(102) En ce sens : Van Ryn et Heenen, *Principes*, III, 2e éd., n° 846 ; J. Morcau-Margrève, *op. cit.*, note 191.

(103) En ce sens, Simont, *ibidem* ; Van Ryn et Heenen, *ibidem*.

(104) Arrêt du 27 novembre 1981, *Jur. comm. Belg.*, 1982, 67.

(105) Pour le point de la question et une opinion nuancée quant à la validité de cette pratique : D. Philippe, *La subrogation : support juridique du factoring ?*, J.T., 1980, 237 à 240. Voir aussi : A. Zenner, *Tegenstelbaarheid van faktuuroverdrachten en tegenwerpelijheid van verweermiddelen inzake factoring*, *Jur. comm. Belg.*, 1981, 503.

(106) Cfr. Brux., 4 février 1981, *Jur. comm. Belg.*, 1981, 499 ; Brux., 14 octobre 1981, *Jur. comm. Belg.*, 1982, 217.

(107) Citons, outre les normes générales déjà évoquées :

- l'article 1 § 2 de la loi sur la réglementation des prix et le standard du prix normal ;
- le standard de l'intérêt général, critère de l'octroi d'aides étatiques (A.R. 18 août 1959 en vue de combattre les difficultés économiques et sociales de certaines régions) ; critère de la position dominante licite (Loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique) ; etc.

(108) Cfr. à ce propos, nos réflexions à propos de l'article 54 de la loi sur les pratiques de commerce, *supra*, n° 19.



Ainsi, pour ne reprendre qu'un exemple tiré des contrats informatiques (109), l'application de l'article 1134, alinéa 3, affirmant le principe de bonne foi dans la négociation et l'exécution des contrats, a permis de préciser les devoirs réciproques de chaque partie aux différentes étapes du contrat et de les adapter à des situations diverses.

On notera que le caractère technique des matières envisagées (110) a amené, peut-être trop souvent, le législateur à confier à des instances non judiciaires l'application des standards (111). On en a déjà cité quelques-unes : la Commission bancaire, la Commission des normes comptables, etc.

#### *D. La jurisprudence combat la pratique*

39. Il va de soi que la jurisprudence condamne les pratiques franchement illégales lorsque la question de leur validité lui est posée : sauf à reconnaître l'existence d'une coutume, hypothèse exceptionnellement rare (supra, n° 35). Ainsi en est-il par exemple, des pratiques prohibées par la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce : ventes en chaîne, ventes en liquidation ou en solde en dehors de certaines périodes, etc.

D'autre part, si nous avons pu observer (supra, n° 37) que les juridictions de fond se montrent parfois sensibles aux nécessités pratiques, quitte à contourner certains obstacles légaux, on peut fournir des exemples qui vont en sens contraire : mais, cette fois, c'est de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il s'agit. Évoquons deux solutions célèbres en droit belge : la condamnation des clauses pénales comminatoires — jugées illicites — (112) et le rejet de l'inopposabilité des exceptions entre parties cambiales immédiatement liées et particulièrement entre tireur et tiré de la lettre de change (113). Dans ces deux cas, des préoccupations d'équité l'ont emporté sur certaines nécessités pratiques. Il est indéniable, en effet, que la fonction comminatoire d'une clause pénale présente l'avantage pratique d'être une efficace incitation à l'exécution ponctuelle de ses obligations par un débiteur. De même, il est certain que la lettre de change perd une partie de son intérêt pratique si, en opposant des exceptions — à raison mais aussi parfois à tort — le tiré peut retarder une condamnation au paiement réclamé par le tireur ; la solution contraire assure un paiement plus ponctuel, mais le «payez d'abord et protestez ensuite» paraît illégitime à la Cour Suprême lorsqu'il est le fait non d'un tiers porteur, mais du cocontractant lui-même.

(109) Pour plus de détails, nous renvoyons le lecteur à notre étude, *Les principes juridiques généraux et leur application aux contrats informatiques* in *Le droit des contrats informatiques*, Larcier, Namur, 1983, p. 69 et s.

(110) D'autres justifications peuvent être invoquées : la nécessité d'une consultation voire d'une concertation avec les milieux intéressés ; la nécessité de recourir à des experts hautement qualifiés ; le besoin d'une évolution souple, etc.

(111) Nos réflexions supra, n° 20 et s. à propos de l'activité d'organismes orientant et contrôlant la pratique professionnelle d'un secteur (Commission bancaire, Commission des normes comptables, etc.).

(112) Cfr. Cass., 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, 454, avec la note de I. Moreau-Margrève et Cass., 24 novembre 1972, R.C.J.B., 1973, 302, avec la note de I. Moreau-Margrève.

(113) Cfr. Cass., 30 septembre 1977, R.W. 1977-78, col. 832., note Ronse ; Cass., 12 novembre 1976, R.W. 1976-77, col. 1641, note Ronse.

### III. La pratique et la «jurisprudence» arbitrale

40. Le phénomène de l'arbitrage révèle selon M. Gérard (114) différentes facettes qu'il importe de relever avant d'aborder les questions qui nous sont posées. «Au-delà des milieux professionnels (banque, assurance, construction) où il constitue une forme de justice corporative, l'arbitrage ne représente qu'un circuit de dérivation grâce auquel des agents juridiques privilégiés soustraient certains litiges aux juridictions étatiques pour les confier à une justice discrète, propice aux maintiens des relations commerciales et assurée par des experts hautement qualifiés». D'autre part, dans les relations entre les entreprises et les consommateurs (115), il semble que l'établissement d'institutions arbitrales constitue également «la voie la plus féconde».

Le domaine de l'arbitrage ainsi fixé, peut-on réellement parler de jurisprudence arbitrale ; en d'autres termes, se trouve-t-on devant un corps plus ou moins cohérent de décisions ? Hormis l'hypothèse exceptionnelle en Belgique d'institutions arbitrales fonctionnant de façon continue pour une matière déterminée (116), on ne peut compter que sur le fait que les arbitres sont généralement choisis dans un cercle restreint de personnes et sur l'existence de rares décisions publiées (117). Il nous semble dès lors excessif de parler de jurisprudence arbitrale belge.

41. Si on prétend malgré tout parler de «jurisprudence arbitrale», cette jurisprudence accueille-t-elle plus largement les usages ? MM. Huys et Keutgen le prétendent à propos des usages internationaux lorsqu'ils écrivent : «on peut même dire que dans la hiérarchie des valeurs, c'est d'abord les termes du contrat qui sont pris en considération, puis les usages du commerce international, la loi n'intervenant qu'à titre supplétif» (118). Ils étendent leur raisonnement aux usages corporatifs : «Le fait d'avoir recours à l'arbitrage en l'occurrence est pour les parties le gage d'une justice respectant les usages corporatifs» (119). Cette réflexion correspond bien au souhait de juridiction corporative émis dans certains secteurs (120).

(114) Ph. Gérard, *op. cit.*, 26.

(115) Sur ce problème de l'arbitrage entre entrepreneurs et consommateurs, H. Van Houtte, *Consommateur et arbitrage*, *Revue de l'Arbitrage*, 1978, 198 et s.

(116) On citera en ce sens la commission des litiges créée en 1981 par la NAVEM (Association Professionnelle des Négociants en meubles) et Test Achats. Cfr. à ce propos également nos réflexions sur la fonction quasi arbitrale de certains organismes chargés de contrôler la pratique dans certains secteurs, *supra*, n° 7.

(117) Outre les chroniques connues de M. Derains sur les sentences arbitrales de la C.C.I., publiées par extraits dans le *Clunet*, on trouve quelques décisions, en particulier dans la *Revue de Jurisprudence du Port d'Anvers* sur des questions de droit maritime.

(118) M. Huys et G. Keutgen, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, 1981, n° 806.

(119) *Op. cit.*, n° 807. Le droit belge ne dispose pas d'une prescription équivalente à celle de l'article 1496 du code de procédure civile français selon lequel l'arbitre «tient compte dans tous les cas des usages du commerce».

(120) Pour un bel exemple de décision arbitrale consacrant une certaine forme de corporatisme et déclarée nulle comme portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, Liège 24 février 1909 *Pas.*, 1909, II, 84 ; en l'occurrence, l'arbitrage avait abouti à la signature d'un compromis entre membres de l'Association des maîtres de verrerie belges, compromis par lequel chaque membre s'engageait sous menace de lourdes pénalités à respecter les résolutions de lock-out prises par l'association.

La soi-disant jurisprudence arbitrale se révèle-t-elle plus ouverte vis-à-vis de pratiques illégales ?

La doctrine distingue les pratiques contraires à des règles d'ordre public et celles contraires à des règles impératives (121). Les arbitres ont le devoir de veiller au respect et à l'application des règles d'ordre public et les arbitres doivent se déclarer incompétents si les demandes qui leur sont soumises le sont dans un but contraire à l'ordre public (122) : ainsi, si le litige porte sur l'application d'un pacte de votation interdit au sens des lois sur les sociétés (art. 74) (123). Quant aux pratiques contraires à une règle impérative (124), les arbitres ne peuvent appliquer une convention dérogatoire à une telle règle. « Toutefois, les parties peuvent écarter des dispositions impératives après la naissance du litige et permettre aux arbitres de ne pas en tenir compte » (125). De même, en cas d'amiable composition, les arbitres ne sont pas tenus de prendre en compte les règles impératives (126).

Enfin, la « jurisprudence » arbitrale joue-t-elle un rôle particulier pour le développement des bonnes pratiques ? L'absence de publicité des sentences arbitrales interdit trop d'enthousiasme, même s'il faut bien reconnaître que le crédit attaché aux arbitres et la confiance accordée à leurs sentences doivent aider à leur audience.

## CONCLUSION

42. En conclusion, il nous semble que malgré un certain accueil — une réciprocité — par le droit de l'État et bien que ce droit essaye de l'orienter ou de la combattre parfois, la pratique conserve et peut encore s'aménager en espace propre : avec des contrats et usages propres, des codes de comportements et, dans certains domaines plus particulièrement, avec des juridictions propres : que ces normes et juridictions soient ou non réceptionnées par le droit étatique, elles sont souvent respectées grâce à des pressions et des contraintes non étatiques, mais spécifiques au monde de la pratique.

La prise de conscience de l'originalité et de l'importance de cet espace propre ne peut qu'inciter les juristes — qu'ils adhèrent ou non à l'hypothèse du pluralisme juridique — à se préoccuper de la pratique : droit vivant ou, si l'on préfère, vie du droit.

(121) Sur la distinction, G. Van Gelder et J. Linsmeau, *Le respect de la règle de droit par l'arbitre et l'amiable compositeur*, note sous Cass. 2 février 1973, R.C.J.B., 1975, 398. Les règles d'ordre public touchent aux intérêts essentiels de la collectivité ; les règles impératives, à la protection de certaines personnes ou catégories de personnes.

(122) Cfr. notamment G. Horsmans, *L'arbitrage et l'ordre public interne*, *Revue de l'Arbitrage*, 1978, 86.

(123) Sur la jurisprudence relative à l'arbitrabilité des pactes de votation, A. Benoît Moury et D. Matray, *L'arbitrage et le droit des sociétés*, *Revue de l'Arbitrage*, 1978, 138.

(124) Ainsi, l'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce.

(125) M. Huys et G. Heutgen, *op. cit.*, n° 523. Cfr. d'autres exemples dans la note déjà citée de Van Gelder et Linsmeau.

(126) Cfr. M. Huys et G. Heutgen, *ibidem*.